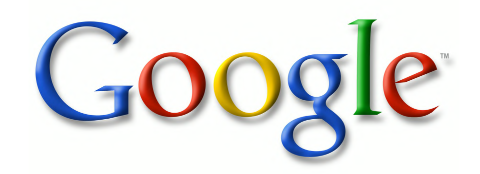


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 202 636

Oertmann

Volksrecht und Gesetzesrecht

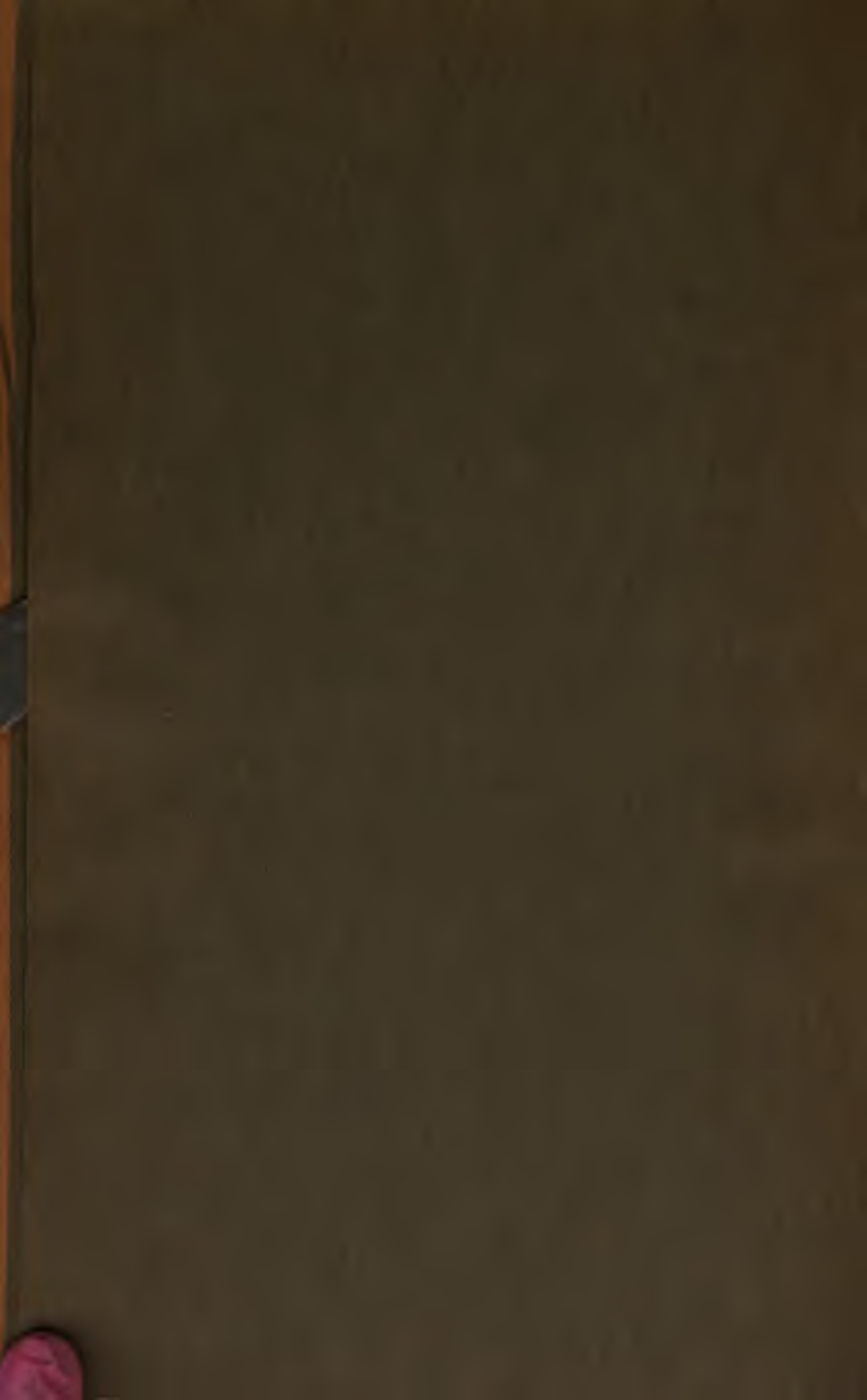






HARVARD LAW LIBRARY

Received Feb 9, 1927



PROPERTY OF HARVARD LAW LIBRARY

557

Volksrecht und Gesetzesrecht.

Vortrag,

gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden

am 11. Dezember 1897

von

Dr. Paul Oertmann,

ao. Professor an der Universität Berlin.

Dresden

v. Zahn & Jaensch

1898.

Volksrecht und Gesetzesrecht.

Vortrag,

gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden

am 11. Dezember 1897

von

Dr. Paul Oertmann,
ao. Professor an der Universität Berlin.

Dresden
v. Zahn & Jaensch
1898.

GER. 906 OER

FEB 9 '27

I.

Es war im Jahre 1814; Napoleon hatte in eiligem Rückzuge die deutschen Fluren verlassen müssen, und die Heere der Sieger folgten ihm alsbald über den Rhein, um den Eroberer in seinem eigenen Lande vollends zu bezwingen. Da schmolz der eisige Winter, unter dem unser Vaterland so lange geschmachtet hatte; Frühling ward's draußen und drinnen, und jede deutsche Brust schwellte frohe Hoffnung. So fanden denn die Truppen, die auf ihrem Siegesmarsche „zum Rhein, über den Rhein" Deutschlands westliche Gaue betraten, überall wie die Häuser, so auch die Herzen offen. Keins vielleicht mehr als das des wackeren Patrioten Thibaut, der als angesehener Lehrer des römischen Rechts damals im schönen Heidelberg wirkte. Die auf Paris ziehenden Soldaten schienen ihm als ein Unterpfand der endlich wiedergewonnenen nationalen Freiheit, und mit der Freiheit sah er im Geiste auch die Tage der längst entschwundenen Einheit wiederkehren, nicht zum mindesten auf dem Gebiete des Rechts. Unter solchen Eindrücken, so erzählt er selbst[1], schrieb Thibaut in höchstens 14 Tagen, „recht aus der vollen Wärme seines Herzens" seine kleine Schrift: „Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland." Denn das vorhandene Recht, so begründet er seinen

[1]) Thibaut, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 21, S. 393 ff.

Vorschlag, entstamme einer fremden — der römischen — Nation; ihm liege zu Grunde das Corpus Juris, ein höchst mangelhaftes, flüchtiges Werk, das in der Zeit von Roms Verfall geschaffen sei und den Stempel dessen auf jeder Seite trage. So muß jedem Vaterlandsfreunde der Wunsch nach einem einfachen, selbstgeschaffenen Gesetzbuche sich aufdrängen. Erst mit einem solchen wird das Recht die lange vermißte Volkstümlichkeit zurückerlangen. Der unheilvolle Zwiespalt zwischen Theorie und Praxis erreicht sein Ende; das Glück der Bürger und die politische Einheit werden fortan den segensreichsten Aufschwung erfahren.

Solch warmherziger und vortrefflicher Mahnruf fand natürlich viel Beifall und Bewunderung: aber praktischer Erfolg war ihm damals nicht beschieden. Und dem konnte auch nicht wohl anders sein zu einer Zeit, in der die reaktionäre Engherzigkeit der Kabinette alle die schönen Träume schnell zu vertreiben wußte, alle die Hoffnungen erstickte, die der Freiheitsjubel von 1813 in den Köpfen der Besten unseres Volkes erregt hatte. Wie konnte eine Zeit ein nationales Gesetzbuch schaffen, in der man einen Ernst Moritz Arndt als staatsgefährlich verfolgte, in der man die Träger der Nationalfarben wegen demagogischer Umtriebe hinter Kerkermauern schmachten ließ? Zudem besaß der deutsche Bund selbst formell keinerlei gesetzgebende Kompetenz; er hätte also schon deshalb nur indirekt, durch Aufstellung eines von den Einzelstaaten anzunehmenden Entwurfes, das Werk vollbringen können.

Nach alledem würde Thibauts Anregung selbst dann kaum Erfolg gehabt haben, wenn sie bei der öffentlichen Meinung ungeteilten Widerhall gefunden hätte. Aber selbst das war mit nichten der Fall. Schon sah man die reformfreundliche und damit der Gesetzgebung günstige Geistesrichtung des

Naturrechts, der Thibaut selbst noch angehörte, allüberall im Niedergang begriffen. Die mit der französischen Revolution, dieser im Grunde so berechtigten und letztlich auch segensreichen Befreiungsthat des geknechteten Bürgertums, leider verbundenen Exzesse, hatten auch bei uns eine rückläufige, konservativ auf Wahrung des Bestehenden gerichtete Strömung erzeugt. Eine Strömung, die schon zwanzig Jahre früher sich der Schaffung des Preußischen Landrechts noch in zwölfter Stunde nicht ohne einen gewissen Erfolg hindernd hatte in den Weg stellen können. Viel mächtiger aber trat sie nunmehr Thibaut gegenüber auf den Plan, und zwar war es der schon damals trotz seiner Jugend hochberühmte Friedrich Carl v. Savigny, der in seiner glänzenden Streitschrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ den Kodifikationsbestrebungen die Fehde ansagte. Savigny stellt hier zum ersten Male mit vollem Bewußtsein der naturrechtlichen die historische Auffassung vom Werden des Rechts gegenüber. Das achtzehnte Jahrhundert mit seinen vielen Gesetzbüchern hatte im Recht eine wesentlich bewußte und willkürliche Schöpfung der subjektiven Vernunft gesehen. In Wahrheit aber entsteht es nach Savigny unbewußt aus dem innersten Wesen des Volkes, dem Volksgeiste, heraus in Zusammenhang und Wechselwirkung mit dessen anderen Äußerungen, als Sprache, Sitte, Religion. Wie diese, ist somit auch das Recht in ständigem Fluß der Entwicklung begriffen. Diesen naturwüchsigen Werdegang soll man walten lassen, statt dem Rade der Entwicklung mit plumper Hand in die Speichen zu greifen. Alles Recht entsteht eben auf dem Wege der durch den Volksgeist bestimmten Rechtsgewohnheit, und ein, mit dem Anspruche auf Vollständigkeit auftretendes, Gesetzbuch kann nur die üble Folge haben, die

allgemeine Aufmerksamkeit auf sich und von der wahren Rechtsquelle abzulenken. Selten — Savigny hätte von seinen Prämissen aus eigentlich sagen sollen: nie — hat eine Zeit die Fähigkeit zu guter Gesetzgebung besessen; am wenigsten die — damalige — Gegenwart, wie der angeblich wenig zur Nachfolge ermunternde Vorgang der neueren Gesetzbücher in Preußen, Österreich und Frankreich bekundet. Sollen die Klagen über den mangelhaften Zustand des Rechts ein Ende nehmen, so gilt es nicht sowohl, neues Recht zu schaffen, als vielmehr, das vorhandene und an sich gute, namentlich römische Recht durch eindringliches wissenschaftliches Studium besser kennen zu lernen.

Großartig war der Eindruck von Savignys Schrift. Unter seiner unbestrittenen Führung bildete sich nunmehr die „historische Schule" der deutschen Rechtswissenschaft, die die Juristenwelt Menschenalter hindurch fast vollständig beherrscht hat, und unter deren geistigem Einfluß noch heute die meisten von uns stehen. Kein Zufall war es, daß gerade der geistvollste Schüler des Meisters, G. F. Puchta, alsbald das Gewohnheitsrecht, oder wie es, als unmittelbar aus dem Volksgeiste entsprungen, im Sinne der historischen Schule konsequent bezeichnet werden müßte, das Volksrecht, zum Gegenstande einer epochemachenden Spezialarbeit wählte.

Indes: selbst Savignys glänzende Feder und der sonstige Sieg der historischen Schule haben die Freunde der Kodifikation niemals vollständig verstummen gemacht. Ja, eine aufmerksame Betrachtung der damaligen Litteratur ergiebt ihre ständige Zunahme fast von Jahr zu Jahr. Um die Mitte des Jahrhunderts mußte das glückliche Zustandekommen der deutschen Wechselordnung und des Handelsgesetzbuches, dieser beiden Glanzleistungen moderner Gesetz-

gebungskunst, den Kodifikationsbestrebungen einen weiteren Aufschwung geben. Sie gewannen dazu in dem deutschen Juristentage einen Mittelpunkt und ein Organ von bedeutender werbender Kraft, und die größten Juristen der zweiten Hälfte des Jahrhunderts, ein Windscheid und — dieser selbst bis zur grundsätzlichen Bekämpfung der historischen Schule — Jhering nahmen für sie das Wort. Freilich, langer Kämpfe, unendlicher Mühen hat es noch bedurft, bis diese Bestrebungen zum Ziele führten, und selbst nach der glücklichen Neuaufrichtung des deutschen Reiches verging ein Menschenalter, bevor wir uns eines „Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich" erfreuen konnten. Aber heute ist das große Werk vollendet, und der erste Glockenschlag des neuen Jahrhunderts wird den Zeitpunkt künden, von wo ab das deutsche Volk zum ersten Male in der Geschichte zur Rechtseinheit unter einem selbstgeschaffenen Gesetzbuche zusammengeschlossen sein wird.

So ist denn das, was vor 80 Jahren der alte Heidelberger Patriot erträumte, endlich siegreich verwirklicht, und zwar in einer Weise, der selbst ein strenger Anhänger von Savignys und Puchtas Lehren, wennschon nicht Bewunderung zollen, so doch Achtung und Anerkennung nicht versagen wird. Einen Streit über den Nutzen der Kodifikation wird heute niemand vom Zaune zu brechen gewillt sein. Aber die prinzipielle Frage nach dem Verhältnis vom Gesetz und Rechtsgewohnheit ist darum mit nichten gelöst, ja sie ist durch das Bürgerliche Gesetzbuch womöglich noch brennender geworden. Dieses und mit ihm das neu revidierte Handelsgesetzbuch enthalten sich über Bedeutung und Kraft des Gewohnheitsrechtes jedweder Bestimmung, diese Probleme der Wissenschaft und Praxis überlassend. Und da erhebt sich für uns vor allem die Frage: ist die Gewohnheit eine selbständige und gleichwertige Quelle des

Rechts neben dem Gesetz? Ist sie insbesondere auch im stande, Bestimmungen der neuen Gesetzbücher durch konstante Nichtanwendung außer Kraft zu setzen oder sie in dieser oder jener Richtung umzugestalten? Die Frage ist offenbar wichtig und meines Erachtens auch für Laien interessant genug, um auch in einem vorwiegend nicht fachmännischen Kreise in kurzen Zügen erörtert werden zu dürfen.

II.

Der Rechtsquellen im Sinne von das Recht bildenden Faktoren scheidet man von altersher zwei: das Gesetz und die Gewohnheit. Schon den alten Römern ist diese Sonderung bekannt; nicht nur führen sie zahlreiche Rechtsinstitute[1]) auf die „mores" zurück, sondern auch prinzipiell sprechen sie sich mit großer Bestimmtheit dahin aus, daß dem Gesetz die Übung als zweiter rechtsbildender Faktor ebenbürtig an die Seite zu stellen sei.[2]) Denn, fragt der berühmte Zeitgenosse des Kaisers Hadrian, Salvius Julianus: was macht es für einen Unterschied, ob das Volk seinen Gesamtwillen ausdrücklich kundgiebt in der gesetzgebenden Versammlung, den Komitien, oder stillschweigend durch die Übung. Daher können auch ältere Gesetze nicht nur durch neuere beseitigt werden, sondern

---

[1]) So die Institute der Entmündigung des Verschwenders (l. 1 pr. D. XXVII, 10); des Verbotes der Schenkungen zwischen Ehegatten (l. 1 D. XXIV, 1); der Pupillarsubstitution (l. 2 pr. D. XXVIII, 6).

[2]) l. 32 § 1 D. I, 3: „inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur."

auch dadurch, daß sie aus dem Rechtsbewußtsein des Volkes und der Übung dauernd entschwinden.

Anders als die noch von altem Römersinn erfüllten Juristen der früheren „republikanischen" Kaiserzeit dachten hierüber freilich die späteren absolutistischen Herrscher. Nicht gering zwar, verordnet Constantin,[1]) ist die Macht der Gewohnheit, aber doch nicht so groß, daß sie die Vernunft besiegen könne oder das Gesetz. Diese Stellungnahme des grausamem Despoten den man mit wenig historischer Berechtigung als christlichen Glaubenshelden zu feiern beliebt, ist für einen absoluten Monarchen, mit einer nach Mommsens treffendem Wort der des Perserschahs vergleichbaren Machtvollkommenheit, nur bezeichnend. Die spätrömischen Herrscher erkannten eben auch in der Rechtsbildung „keine andern Götter neben sich" an, während sie umgekehrt der absoluten Geltungskraft ihrer eigenen Machtsprüche keinerlei immanente Schranken gesetzt wähnten. Spricht es doch auch der dem Constantin geistesverwandte Kaiser Justinian in einer von halb närrischem Cäsarenwahn triefenden Konstitution[2]) offen aus, daß der Kaiser allein der Schöpfer, wie auch der Ausleger des Rechtes sei, nur er die „Rätsel der Gesetze" zu lösen vermöge, und daß das ältere Recht nur deshalb fortgelte, weil auch das seinerzeit der Kaiser erlaubt habe. Es scheint mir angesichts einer derartigen Weltanschauung nicht angängig, nach dem Vorbild vieler älterer und neuerer Juristen das Ge-

[1]) l. 2 Cod. VIII, 52 (53): „consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem."

[2]) l. 12 Cod. I, 14, bes. §§ 4—5: „vel quis legum aenigmata solvere et omnibus aperire idoneus esse videbitur nisi is, cui soli legis latorem esse concessum est? . . . . . . tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit."

setz des Constantin mit dem Satze des Julian durch spitzfindige Dialektik in Einklang bringen zu wollen.

Im alten deutschen Recht hinwiederum war die Ebenbürtigkeit der Gewohnheit mit dem Gesetz durchaus anerkannt,[1]) und auch die spätere Einführung des Römischen Rechts, die ja selbst auf Gewohnheit beruhte, hat daran auf lange hinaus nichts geändert. Erst im vorigen Jahrhundert begann die damals unbeschränkt herrschende Geistesrichtung, die ich schon oben als die naturrechtliche bezeichnet habe, einen grundsätzlich anderen Standpunkt einzunehmen. Schärfste Opposition gegen die in der That schier unerträglich gewordenen Mißstände in Staat und Gesellschaft trat damals bei den führenden Geistern Deutschlands und noch mehr Frankreichs, wenn auch nicht immer unverhüllt, zu Tage. Gegenüber den Abwegen der Civilisation predigte Rousseau sein „zurück zur Natur"; gegenüber dem herrschenden Absolutismus wies er im „contrat social" auf die unveräußerlichen Grundrechte der Volksgesamtheit hin. Und Voltaire forderte die nach guten Gesetzen Begehrenden auf, die vorhandenen kurzerhand zu verbrennen und dafür neue zu machen. Aus solcher radikalen Grundstimmung, die das Gegebene als schlechthin verbesserungsunfähig ablehnte, entstand erklärlicherweise der Geist der Revolution, während die Idee einer organischen Fortentwickelung der gegebenen Rechtszustände den Köpfen so fern lag, daß sie an die Möglichkeit gewohnheitsrechtlicher Bildung kaum jemals denken, und wenn sie daran denken, sie sofort von der Hand weisen. Nicht als eine selbstständige Rechtsquelle, sondern höchstens kraft der ausgesprochenen oder zu unterstellenden Einwilligung des allein berechtigten Ge-

---

[1]) Siehe statt aller Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 159 No. 2 und in ausführlicher Erörterung Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, S. 1 f.

setzgebers kann die Gewohnheit bei der Rechtsbildung in Betracht kommen.[1])

Das war denn auch der Standpunkt des Mannes, mit dessen Weckruf ich meine obigen Ausführungen einleitete: Thibaut[2]) läßt das Gewohnheitsrecht nur gelten, insoweit es zugleich ein „Gesetz" darstellt; das kann aber allein geschehen durch den Beweis eines allgemein erlaubenden oder den fraglichen Satz besonders genehmigenden Willen des „Regenten".

War schon so die Stimmung der Männer des Volkes, so ließ sich vollends von den zahlreichen, aus dem Geiste des Naturrechts heraus geborenen Gesetzbüchern jener Zeit nichts anderes erwarten, als eine höchst mißgünstige und ablehnende Stellung der Rechtsgewohnheit gegenüber. Der aufgeklärte Absolutismus — man denke nur an Joseph II als seinen vielleicht am meisten typischen Vertreter — ging ja darauf aus, das widerstrebende schwerfällige Volk seinem Glück am Gängelbande entgegenzuführen, und hielt daher ganz naturgemäß den Gesetzgeber nicht minder für den einzigen Schöpfer des Rechts, wie es nur irgend ein revolutionärer naturrechtlicher Schriftsteller thun konnte. „Alles für das Volk, nichts durch das Volk" hätte das Motto lauten sollen, das dieser Politik vorangestellt wurde. Daher verbot denn Kaiser Joseph den Versuch einer gewohnheitsrechtlichen Bildung geradezu als kriminell strafbar, und auch die drei großen bis auf den heutigen Tag in Geltung gebliebenen Gesetzbücher Preußens, Österreichs und Frankreichs sind ihr im Grunde nicht viel günstiger. Das Preußische „Allgemeine Landrecht" von 1794 (siehe Einleitung §§ 1ff.) verwirft das gemeine Gewohnheitsrecht

---

[1]) Über die älteren und auch neueren Vertreter dieser Theorie, siehe die Angaben bei Gierke a. a. O., S. 162, No. 12 und S. 163, No. 14.

[2]) Pandekten, §§ 15ff.

ganz; das bestehende partikuläre der einzelnen Provinzen wird zwar anerkannt, soll aber in besonderen Provinzialrechten aufgezeichnet werden, und sich fürderhin nur in Ergänzung, nicht in Abänderung des Landrechtes bilden können. Das Österreichische Gesetzbuch (§ 10) verfährt noch radikaler, indem es auf Gewohnheiten nur in den Fällen Rücksicht genommen werden läßt, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft. Daß auch der französische Code civil im wesentlichen den gleichen Standpunkt vertrete und die Gewohnheit nur insoweit anerkenne, als der Gesetzgeber ihre Befolgung den Bürgern stillschweigend gestattet hat und eine Abschaffung der Gesetze durch andauernden Nichtgebrauch durchaus verwerfe, ist Gemeingut der französischen Rechtswissenschaft.[1])

Daß sich zu dieser älteren die von Savigny und Puchta gebildete neuere Lehre geradezu entgegengesetzt verhalte, ist schon nach meinen Erörterungen zu Eingang klar: Sah doch die historische Schule in der Gewohnheit nicht nur eine selbständige und der Willkür des Gesetzgebers in ihrer Naturwüchsigkeit entzogene Quelle des Rechts, sondern verehrte sie geradezu als die ursprünglichere und wahrere. Denn nur in der Übung offenbart sich der Volksgeist unmittelbar und unverfälscht während er im Gesetze nur einen mittelbaren, durch den ihm nur zu leicht fremde Stoffe beimischenden Kanal der Reflexion des Gesetzgebers hindurchgegangenen, Ausdruck findet. Ja noch mehr! Unmittelbar aus der vom Volksgeist gewirkten Rechtsüberzeugung soll das Recht entstehen; ist aber diese Überzeugung selbst schon Rechtsquelle, so kann es die äußere Übung folgerecht nicht mehr sein: sie stellt vielmehr ein lediglisches Beweismittel dar für die Rechtsüberzeugung, und es kann an ihre Stelle

[1]) Siehe Crome-Zachariae, Handbuch des französischen Civilrechts. Bd. I, S. 90.

an sich sehr wohl ein anderes Beweismittel treten. Daraus folgt einmal, und Savigny und Puchta erkennen das wenigstens gelegentlich selbst an,[1]) daß der Name „Gewohnheitsrecht" für das unmittelbar aus der Rechtsüberzeugung des Volkes geschaffene Recht nicht wohl passe, und nur, weil einmal eingebürgert, beizubehalten sei Mit mehr Recht wird man im Sinne der historischen Schule dafür den Ausdruck „Volksrecht" gebrauchen dürfen. Und zum andern schwebt bei dieser Lehre das Gesetz geradezu in Gefahr, seine selbständige Existenz als Rechtsquelle vollständig einzubüßen. Denn entweder stimmt dasselbe zu der vorhandenen Volksüberzeugung: dann giebt es nur von dem bereits vorhandenen Volksrecht Kunde.[2]) Oder es widerspricht ihr: dann sollte es als innerlich unwahr füglich keinen Anspruch auf Beachtung haben, und wird zum mindesten über kurz oder lang durch allgemeine Nichtbeachtung wieder abgestoßen werden.

Denn das ist ein Hauptsatz der historischen Schule, daß das Gesetzesrecht durch spätere Gewohnheiten wie abgeändert, so auch beseitigt werden kann; wollte ein Gesetzgeber die Bildung eines etwaigen späteren abändernden Gewohnheitsrechtes verbieten, so würde er über seine Kompetenzen hinausgehen und einen für Richter und Volk „unverbindlichen" Gesetzesinhalt schaffen,[3]) der sich an der dem Gesetze nicht unterthanen Macht der Thatsachen bricht und dessen die Geschichte spotten wird, auch schon oft gespottet hat.

---

[1]) Savigny, Vom Beruf u. s. w., S. 14. Neue Ausgabe von 1893, S. 8, dazu auch Bruns in Holtzendorffs Encyclopädie. Aufl. 3. S. 345.

[2]) So auch selbst Savigny a. a. O., S. 17 (10).

[3]) So namentlich Eisele im Archiv für die civilist. Praxis. Bd. 69, S. 215ff.; im wesentlichen auch Gierke a. a. O., S. 174, der derartige Verbote nur — mit Recht — für faktisch bedeutsam erklärt. Siehe ferner Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I, S. 38.

So ist in Kürze der Inhalt der von der historischen Schule aufgestellten Lehre vom Gewohnheitsrecht, wie sie seit ihrem Aufkommen fast die gesamte Wissenschaft beherrscht hat und im großen und ganzen noch heute beherrscht. Dies freilich nicht ohne mehrfache Einschränkungen, nicht nur in Einzelheiten, sondern selbst in prinzipiellen Punkten, die man ihr nach und nach, sobald der erste alles in seinen Bann ziehende Zauber von Savignys und Puchtas Schriften vorüber war, in stetig anwachsendem Maße zuzufügen sich genötigt fand.

Die wichtigste und heute am allgemeinsten angenommene Korrektur unserer Lehre besteht darin, daß man die Übung in ihren alten Platz für die Bildung eines Gewohnheitsrechtes wieder einsetzte. Wenn auch die Überzeugung oder, wie andere wollen, der Wille des Volkes das Recht schafft, so schalt man doch bald als „spiritualistisch" und praktisch verwerflich die Annahme, daß schon ein solches noch nicht zur realen Übung durchgedrungenes innerliches Moment das Zwangsgebot des Rechtes solle herbeiführen können.

Weiter geht der Angriff Beselers in seinem berühmten Buche über „Volksrecht und Juristenrecht". Allerdings bleibt er insoweit ein treuer Parteigänger der historischen Schule, als auch er ein unmittelbar aus dem Volksgeiste entsprungenes „Volksrecht" anerkennt, das überall die Rechtsbildung „in ihrer ersten Entstehung" bestimmt hat, um erst später durch die Gesetzgebung verdrängt zu werden.[1]) Aber mit nichten alles in der Übung zum Ausdruck kommende Recht hat solchen

[1]) Daß Beseler zur Entstehung dieses Volksrechtes eine Übung nicht fordert, spricht er zwar nicht ganz unzweifelhaft aus, was Thöl in seiner Gegenschrift über Volksrecht und Juristenrecht S. 104 tadelt, es scheint sich aber mit großer Wahrscheinlichkeit aus seiner insoweit vorhandenen Billigung der historischen Schule und manchen einzelnen Sätzen zu ergeben, siehe namentlich S. 81 und 119.

Charakter, man begreift vielmehr unter dem Gewohnheitsrecht auch manche ohne jedwede Beziehung zum Volksgeist, nur durch die bloße äußere Macht der Gewohnheit, „die Länge der Zeit zu Recht gewordene faktische Zustände".[1])

Zu solchem „bloßen Gewohnheitsrecht" gehört zwar nicht notwendig, aber sehr häufig das sogenannte „Juristenrecht." Denn wenn die Juristen durch die ständige Anwendung eines Satzes ihn zum Rechtssatz erheben, so verfahren sie dabei zwar bisweilen als ein wahres Volksrecht schaffendes Organ des Volkes. Aber das nicht, wie es die historische Schule wähnt, ausnahmslos: indem die deutschen Juristen leider nicht im Zusammenhange mit dem nationalen Rechtswesen geblieben sind, kann das von ihnen Geschaffene auch nicht als eine notwendige Fortführung des Volksrechtes gelten.[2])

So sollen die Juristen namentlich bei der Einführung des Römischen Rechts in Deutschland verfahren sein, indem sie dasselbe dem widerstrebenden germanischen Volksgeist zum Trotz der Nation durch ihre Macht aufzudrängen verstanden — eine Behauptung nebenbei, die seitdem auch bei Nichtjuristen ein vielfältiges Echo gefunden hat und von manchen minder Berufenen als willkommenes Angriffsmittel gegen das vielgeschmähte und wenigverstandene Römische Recht benutzt worden ist.

Der geringeren Reverenz, die Beseler dem Gewohnheitsrechte gegenüber den strengen „Historikern" zollt, entspricht auf der anderen Seite seine größere Wertschätzung der Gesetzgebung.[3])

---

[1]) A. a. O., S. 80, 116. Dabei ist es möglich, daß sich auch manche anfänglich aus dem Volksbewußtsein entsprungene Sätze hernach nur noch durch die Macht der Gewohnheit forterhalten, wie auch umgekehrt das Volk Sätze des bloßen Gewohnheitsrechtes in sein Bewußtsein nachträglich aufnehmen kann.

[2]) Siehe S. 79, 297 ff., ferner Nachtrag („G. F. Puchta") S. 14.

[3]) Siehe namentlich S. 65, 235, 239.

Er weist ihr die hohe Aufgabe zu, „durch Wegschaffung des Unorganischen, Unpassenden und Veralteten dem ganzen Entwicklungsprozeß eine freie Bahn zu bereiten, die Rechtsinstitute, welche das Volksleben und die Wissenschaft ausgebildet haben, zu befestigen und zu vollenden, und endlich mit freier, schöpferischer Kunst Neues hervorzurufen und zu begründen". Die möglichen, ja wahrscheinlichen Mängel des Gesetzbuches nehmen dem an sich großen und guten Werke noch nicht sein Verdienst. „Leisten wir, was wir vermögen, so haben wir unsere Schuldigkeit gethan, und können es getrosten Mutes den Nachkommen überlassen, unsere Fehler zu verbessern; denn auch nur weniges vollbringen, ist würdiger und männlicher, als träge zu ruhen und den Späteren die ganze Arbeit zu überlassen." Dies ein Spruch des verehrten Mannes, den heute angesichts des neuen Gesetzbuches in die Erinnerung zurückzurufen nicht unangebracht sein dürfte.

Bedeutet schon Beselers Schrift eine wesentliche Abschwächung der bisherigen Lehre, so gingen spätere Juristen noch weit darüber hinaus. Ihering[1]) griff sie vorzugsweise in ihren praktischen Konsequenzen an. Zwar rühmt er die historische Schule, daß ihre Lehre die früher gelehrte mechanische Produktion durch die organische Entstehung des Rechtes ersetzt habe, daß sie dem letzteren seine nationale Grundlage und seine sittliche Würde zurückgebe. Aber sie verkenne den ungeheuren Fortschritt, der im Übergang von der gewohnheitsmäßigen zur gesetzlichen Rechtsbildung liege, auf welche alle eingreifenden Reformen zurückreichen. Nach der Savigny-Puchtaschen Meinung bilde sich das Recht leicht und schmerzlos, wie die Sprache, durch die stillwirkende Kraft der Wahrheit, während uns doch

[1]) „Geist des Römischen Rechts", Bd. II, § 25, ferner „Der Kampf ums Recht", S. 4ff.

die Geschichte demgegenüber zeige, wie jede wichtigere Rechtsbildung erst durch den harten Widerstreit der Interessen, in mühseligster Anstrengung errungen worden sei. Im Kampfe erst wird das Recht geboren.

Andere neuere Schriftsteller setzen das Gewohnheitsrecht mehr theoretisch herab. So verwirft Zitelmann[1]) auf Grund einer höchst scharfsinnigen Kritik die Volksüberzeugung oder den Volkswillen als Grund seiner Geltung, und sucht diesen in nichts anderem, als in der bloß äußeren Thatsache seines Geübtwerdens. Der imponierende Zusammenhang mit dem metaphysischen Volksgeiste, den Beseler nur halb verworfen hatte, ist hier endlich ganz gelöst, und nur ein höchst irdischer, prosaischer Geltungsgrund für das Gewohnheitsrecht übrig geblieben; sonst bleibt, wie Gierke sich ausdrückt, nur „das gähnende Nichts".

Ist man einmal so weit gekommen, so braucht man nur noch einen Schritt, und die Gleichberechtigung beider Rechtsquellen hat aufgehört. Die bloße Übung muß an Wert hinter dem auf sorgfältiger Erwägung der berufenen Faktoren beruhenden Gesetz zurückstehen. Und so kommt man denn auch bereits vielfach wieder zu der alten Gestattungstheorie zurück. Hochangesehene Publizisten, wie Binding und Laband,[2]) stehen ihr zum mindesten nahe — spricht dieser doch geradezu von einem „gewohnheitsmäßigen Ungehorsam" dem Gesetze gegenüber. Und G. Rümelin[3]) hat neuestens in ausführlicher prinzipieller Untersuchung die Geltung des Gewohnheitsrechtes mit aller Konsequenz wieder auf den Staatswillen zurückgeführt;

[1]) Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, civil. Archiv, Bd. 66, S. 324 ff.

[2]) Binding, Handbuch des Strafr. I, S. 197 ff.; Laband, Deutsch. Staatsr. I, S. 95, 580, Anm. 1.

[3]) Gustav Rümelin, Das Gewohnheitsrecht, Jahrb. f. d. Dogm., Bd. 27, S. 153—252, nam. S. 193, 209, 216.

der Staat kann also bindende Vorschriften darüber aufstellen, „in welcher Weise geltendes Gewohnheitsrecht zur Entstehung kommt“. Nur dadurch glaubt Rümelin die Geltung des Gewohnheitsrechtes „fest und unzweifelhaft begründen“ zu können. Und zu solcher „Superiorität des Staates“ über die Gewohnheit ist nunmehr auch Zitelmann[1]) in einer allerneuesten Schrift gelangt. So muß man denn zugeben, daß nach dem Vorgang dieser und anderer Schriftsteller[2]) die Lehre der historischen Schule sich heute entschieden in der Defensive befindet gegenüber einer anscheinend immer zunehmenden Schar von Gegnern. Fast möchte es trotz der energischen Verteidigung, die jener Theorie noch immer von hervorragender Seite — so von Eisele, Gierke, Cosack[3]) zu teil wird, scheinen, als ob wir zu dem geringen Grade der Wertschätzung des Gewohnheitsrechtes zurückkehren würden, der sich in den naturrechtlichen Kodifikationen des vorigen Jahrhunderts breit machte, und von dem es für immer befreit zu haben, bisher für das unvergängliche Verdienst der historischen Schule gehalten wurde.

Um so weniger kann es Wunder nehmen, daß auch die seit der Mitte unseres Jahrhunderts erlassenen Gesetzbücher sich wenigstens zu einer unumwundenen Anerkennung der Gewohnheit als Rechtsquelle neben dem Gesetz nicht entschlossen haben.

---

[1]) Internationales Privatrecht, Bd. I, S. 55.

[2]) Zu denen man insbesondere noch rechnen muß: von älteren Arbeiten E. Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, 1861, und Fr. Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872, der aber umgekehrt in gewissem Sinne noch über die Lehre der historischen Schule in seiner Gegnerschaft gegen den Positivismus hinausgeht und geradezu die subjektive Vernunft des Richters als Rechtsquelle prädiciert, siehe S. 9 ff., 11; von neueren vorzüglich Bergbohm in dem unten S. 26 Anm. citierten Werke, sowie Pfersche, Das Problem des Gewohnheitsrechtes, Wien 1895.

[3]) An den bereits citierten Stellen, siehe auch noch die Schlußworte von Gierkes Vortrag in der Gehe-Stiftung am 27. III. 97, S. 38/40, sowie seine Schrift: Der Entwurf eines B.-G.-B. und das Deutsche Recht, S. 122 ff.

Zwar der krasse Standpunkt ihrer völligen Verwerfung findet sich nur noch in dem Sächsischen Gesetzbuch, § 28. Aber auch das ihr wesentlich günstigere Handelsgesetzbuch erkennt für das Gebiet der Handelssachen „die Handelsgebräuche“ nur insoweit als Rechtsquelle an, als „dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält“, Art. 1 der bisherigen Lesart. Die Gewohnheit soll das Gesetz also nur ergänzen, nicht auch aufheben können. Den Verfassern des ersten Entwurfes zum Bürgerlichen Gesetzbuch freilich ging schon das zu weit; sie ließen nach § 2 gewohnheitsrechtliche Normen nur insoweit gelten, „als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist“. Das bedeutete in etwas abgemilderter Form eine Beseitigung des Gewohnheitsrechtes überhaupt: denn eine Verweisung darauf fand sich im Gesetze noch nicht ein einziges Mal! Die Aufnahme dieses Vorschlages bei der Juristenwelt war geteilt, doch überwogen an Zahl und Gewicht der Stimmen die Gegner der Abschaffung; an erster Stelle standen unter ihnen Gierke und Schuppe,[1]) von denen ersterer schon wegen des einzigen § 2 den ganzen Entwurf für unannehmbar erklärte. Der Erfolg solcher Opposition bestand in der Streichung des Paragraphen seitens der zweiten Kommission, aber zu einer vollen Anerkennung des Gewohnheitsrechtes hat auch sie sich nicht aufraffen können. Man verwies zunächst die zu treffende Bestimmung in das Einführungsgesetz, hat aber auch hierin schließlich die Frage zu regeln unterlassen. Und dieser negativen Lösung folgt die Neubearbeitung des Handelsgesetzbuches, indem sie den bisherigen Art. 1 restlos beseitigt.[2]) Somit gewinnen Wissenschaft und

---

[1]) Gierke in dem eben erwähnten Buche; Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, 1890, ferner Hölder, civ. Archiv, Bd. 73, S. 12 ff. und G. Hartmann, das. S. 322 ff. Anders Rümelin a. a. O. S. 234.

[2]) Siehe dazu Denkschrift S. 153.

Praxis freie Bahn, zu der Frage Stellung zu nehmen, und es haben denn auch in der bisherigen Litteratur die verschiedenartigsten Auffassungen ihre Vertreter gefunden.[1]) Brennender vielleicht als je dürfte daher nunmehr die Frage nach dem Verhältnis beider Rechtsquellen werden, und dabei stehen sich die Ansichten darüber so schroff wie nur möglich gegenüber. Es bedarf, so scheint es, eines neuen Puchta, der die Lehren der historischen Schule von ihren Schlacken und Übertreibungen gereinigt wiederum zum Siege führt.[2]) Möge er uns von einem gütigen Schicksal bald beschieden sein! Mir aber ge-

---

[1]) Für Anerkennung des Gewohnheitsrechtes haben sich besonders ausgesprochen Cosack a. a. O., der sogar dem partikulären Gewohnheitsrecht die Kraft einer künftigen Änderung des neuen Reichsrechts zugebilligt wissen will (Lehrb. S. 40), und Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Auflage 3, S. 50ff., der aber der partikulären Gewohnheit nicht einmal die Kraft der Ergänzung, geschweige denn der Abänderung des Reichsrechtes zuspricht. In letzterer, nicht aber in ersterer Beziehung mit ihm einverstanden: Eck, Vortrag über den allgemeinen Teil des Entwurfs S. 1ff. Auch ich möchte im wesentlichen Endemann beitreten. Mag auch Cosack recht haben, daß der Gesetzgeber gar nicht die Kompetenz besitze, über die Geltungskraft beider Rechtsquellen bindende Bestimmungen zu treffen, so setzt das doch voraus, daß es sich um die Rechtsbildung derselben oder einer äquivalenten Rechtsgemeinschaft handle. Als solche können aber dem Reiche gegenüber die Einzelstaaten eben nicht mehr anerkannt werden. Ihnen ist durch Art. 2 der Reichsverfassung (Reichsgesetze gehen den Landesgesetzen vor) die Kraft versagt, auf dem vom Gemeinwillen des Reiches eingenommenen Terrain noch einen gleichwertigen Gemeinwillen zu bilden — und das muß für den Weg der Gewohnheit nicht mehr, aber auch nicht minder gelten als für den des Gesetzes (siehe auch Windscheid, § 18, No. 2).

Überhaupt gegen die Zulassung gewohnheitsrechtlicher Bildung erklären sich Goldmann und Lilienthal in ihrer systematischen Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches (nach der Legalordnung des Landrechts, 1897, I, S. 4ff.), aber ohne weitere Begründung, als daß im „modernen Verfassungsstaat" nur die staatlich vorgeschriebenen Schaffungsnormen Recht begründen könne. S. 24.

[2]) Hat doch auch aus dieser Erkenntnis heraus die Münchener Akademie der Wissenschaften vor einigen Jahren, leider anscheinend vergeblich eine „Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht" als Thema für eine Preisschrift gestellt.

statten Sie nur, Ihnen in kurzen Zügen den grundsätzlichen Standpunkt zu skizzieren, den ich mir selbst in dieser Kardinalfrage der Rechtswissenschaft innerlich erkämpft habe, ohne dabei auf Originalität der Auffassung auf diesem schon von allen möglichen Gesichtspunkten aus betrachteten Gebiet Anspruch erheben zu können.

III.

Ich will zuvörderst mit dem Bekenntnis nicht zurückhalten, daß ich mich als einen im Grunde getreuen Sohn der historischen Schule in unserer Lehre betrachte. Aber doch halte ich eine weitgehende Revision derselben für unumgänglich, und ich beginne dabei gleich mit dem wichtigsten Punkte, dessen grundlegende Bedeutung für die Savigny-Puchtasche Auffassung von Anhängern und Gegnern bisweilen unterschätzt wird.

Nicht die bloße interne Volksüberzeugung scheint mir geeignet, den Zwangsbefehl des Rechtes herbeizuführen, das dürfte die in diesem Punkte siegreiche Kritik der ursprünglichen historischen Schule gegenüber entgiltig erwiesen haben. Mit Recht hat man solche Auffassung als spiritualistisch getadelt, hat man auf ihre praktische Verwerflichkeit hingewiesen. Welche Unsicherheit wäre die Folge, wenn wirklich ein Richter damit Ernst machen wollte, an Stelle des festen, geschriebenen oder auch nur ständig geübten Rechtes auf Grund einer bloßen inneren Überzeugung zu richten! Das Material für eine solche könnte er letztlich, wie sehr das auch die Historiker zu bemänteln versuchen, doch nur seiner eigenen subjektiven Vernunft entnehmen,[1]) die daher auch bisweilen von einigen radikalen, namentlich naturrechtlichen, Gegnern des Positivismus als Rechtsquelle geradezu

---

[1]) Siehe Bergbohm in dem unten S. 26 Note angegebenen Werk, S. 492—3.

prädiciert wird. Und wird seine Überzeugung wirklich mit der allgemeinen oder auch nur durchschnittlichen des Volkes übereinstimmen? Möglich und in manchen Fällen meinethalben wahrscheinlich, aber sicherlich nicht immer, am wenigsten in einem Staatswesen wie dem unseren, wo entgegengesetzte wirtschaftliche Interessen, grundverschiedene politische oder religiöse Standpunkte auch leicht auf die juristische Überzeugung des Rechtsprechenden einwirken. Sehen wir doch z. B. schon heute, unter der Herrschaft des so genauen und dem freien richterlichen Ermessen mißgünstigen Preußischen Landrechts, den mehr oder minder strengen konfessionellen Standpunkt der Richter auf Erleichterung oder Erschwerung der Ehescheidung in oft höchst auffälliger Weise einwirken. Wie würde da erst das Publikum der Willkür, dem blinden Spiel des Zufalls ausgesetzt sein, wenn der Richter ungehemmt nach Volksüberzeugung, der er in Wahrheit doch nur seine eigene substituieren könnte, entscheiden dürfte! Denn was ein jeder nach *seinem* Standpunkt für recht und billig hält, wird er nur zu leicht geneigt sein, auch nach bestem Wissen und Gewissen in der „allgemeinen Volksüberzeugung“ wiederzufinden. Nur zu oft ist, wie der größte Menschenkenner unter den Dichtern ausgesprochen hat, der Wunsch der Vater des Gedankens (Shakespeare, König Heinrich IV., II. Teil, IV, 4).

So würde die Erhebung der bloßen Rechtsüberzeugung auf den Thron des Rechtes dem verderblichsten Subjektivismus in der Rechtsprechung Thür und Thor öffnen. Aber selbst davon abgesehen, und zugestanden, daß es neben der individuellen Rechtsüberzeugung des einzelnen auch eine solche des Volkes in seiner Gesamtheit gebe — in der inneren Volksüberzeugung schlummern, scheint mir, die Gebiete des Rechtlichen mit denen der *Moral* und der bloßen *Sitte* friedlich und ungeschieden zusammen; wie will man entscheiden, ob sie das

von ihr postulierte Verhalten von Rechtswegen oder nur vom Standpunkt der Moral aus erfordert?

Der Gedanke, daß die Überzeugung oder das Rechtsgefühl des Volkes stets und unmittelbar schon Recht begründen könne, ist gewiß ein schöner, göttlich schöner, aber eben darum zu schön, um schon hienieden wahr zu sein.[1]) Gewiß würde er den schlimmen und vielbeklagten Zwiespalt zwischen der lebenden Rechtsanschauung des unbefangenen Laien nnd dem toten, innerlich vielleicht längst überlebten Buchstaben des Gesetzes überbrücken — aber für alle die geschilderten Übel müßte die geschlagene Brücke nicht minder offen stehen. Wer könnte noch ein freies Wort sagen, einen sichern Schritt thun, aus dem ihm nicht entgegengesetzte ethische oder politische Anschauungen im Namen einer angeblichen Rechtsüberzeugung einen Strick zu drehen vermöchten?

Ich bitte indes, meine Worte nicht mißzudeuten. Nur dagegen wollen sie streiten, daß man der Rechtsüberzeugung des Volkes unmittelbare Geltung beimesse. Aber weder leugne ich, daß jene einen zureichenden Grund für eine wirkliche Rechtsbildung abgeben könne und solle, sei es durch das Medium der Gewohnheit oder auch des Gesetzes, noch auch, daß nicht bei der Beurteilung des einzelnen Falles im Rahmen des Gesetzes ethische Gesichtspunkte in bedeutsamer Weise mitzusprechen haben. Das hat das klassische Volk des Rechtes, das römische, bereits in richtigem Takt erkannt, indem es durch den Mund des Prätors dem Richter das Recht und die Pflicht auferlegte, das Ob und das Wieviel der Verurteilung nach den Grund-

[1]) Der bedeutendste neuere Vertreter der Rechtsüberzeugung als wahrer Rechtsquelle ist Schloßmann in seinem überall anregenden und zu Unrecht meist unterschätzten Werke: „Der Vertrag", 1876.

sätzen von Treue und Glauben einzurichten.[1]) Und es ist gerade ein charakteristischer Gesichtspunkt moderner Gesetzgebungskunst, gegenüber dem Schematismus früherer Gesetzbücher, wie des Preußischen Landrechts, zu dieser alten und doch ewig jungen Weisheit zurückzukehren. Das beweist schon das relative Strafensystem des Deutschen Strafgesetzbuches. So wird der Diebstahl einfach mit Gefängnis bedroht (§ 242), einer Strafe, deren Dauer zwischen einem Tage und fünf Jahren bemessen werden kann (§ 16). Welch immense Freiheit bleibt dabei der Rechtsprechung, die Schwere der aufzulegenden Strafe nicht nur nach der objektiven Bedeutung des verletzten Rechtsgutes, sondern auch und vor allem nach der subjektiven Qualifikation der That abzustufen (Notlage, jugendlicher Leichtsinn — Hartnäckigkeit, Rückfall, besondere Frivolität u. s. w.)! Und ähnliche Tendenzen durchziehen das ganze Bürgerliche Gesetzbuch. So sind (§ 157) Verträge so auszulegen, wie Treue und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsitte es erfordern; nach ebendenselben Gesichtspunkten hat der Schuldner überhaupt seine Leistung zu bewirken (§ 242); wer wegen seines jugendlichen Alters, oder weil er die That im Zustande der Bewußtlosigkeit beging, für einen von ihm angerichteten Schaden im allgemeinen nicht aufzukommen hat, muß ihn doch (§ 829) insoweit ersetzen, als „die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung fordert“. So kommt das Gerechtigkeitsgefühl, das ich als unmittelbare Rechts-

---

[1]) Bei den sog. actiones bonae fidei, wo der Kondemnationsbefehl des Prätors an den Richter auf das erging, quantum ob eam rem reum actori dare facere oportet ex fide bona, oder — bei der Dotalklage, quantum aequius melius erit. Ähnlich wurde bei der Fiduciarklage die Verurteilung davon abhängig gemacht, daß der Beklagte nicht so gehandelt habe, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione. Siehe Cicero de officiis III, 15, § 61.

quelle ablehnen mußte, darum doch innerhalb der Beurteilung des einzelnen Falles wenn auch nicht immer, so doch vielfach zur unverkürzten Geltung. Aber freilich nur innerhalb gewisser Schranken — wollte man, wie es unlängst ein ingeniöser Kopf allen Ernstes vorgeschlagen haben soll, unser ganzes Strafrecht auf den einen Satz zurückführen: „alle Schurken werden nach Gebühr bestraft", so würde man mit solcher inhaltslosen Satzung die Rechtsüberzeugung wieder zur unmittelbaren Rechtsquelle erheben und damit allen geschilderten Unzuträglichkeiten ausgesetzt sein. Innerhalb dieser „gewissen Schranken" mögen und sollen Gesichtspunkte der Moralität und Billigkeit walten — aber nicht als ob sie selbst positives Recht darstellten, sondern nur als Beurteilungsmaßstäbe für die Anwendbarkeit der wahren Rechtssätze. Im Gegensatz zu manchen Andern, nach denen die Latitude der modernen Gesetze ein höchst bedenkliches System richterlicher Willkür heraufbeschwören soll, gebe ich mich trotz allem, was ich eben selbst gegen solche Willkür bemerkte, der frohen Hoffnung hin, daß unsere deutschen Richter von der ihnen damit gewährten verantwortungsvollen Freiheit den rechten Gebrauch zu machen wenigstens lernen werden!

Also dabei verbleibt es: nicht die bloß innere Rechtsüberzeugung schafft schon das Recht. Es bedarf dazu vielmehr noch einer äußeren Kundgebung, die jene heraushebt aus dem Stadium des blos Internen und Theoretischen und ihr erst praktische Realität verleiht.

Eine solche Kundgebung aber, ein Satz solle Rechtssatz sein, kann begrifflich — das haben schon die großen römischen Juristen getroffen — auf zwei Wegen erfolgen[1]): Durch aus-

[1]) In der oben citierten l. 32 D. I, 3. Daß es begrifflich diese zwei und nur diese zwei Arten der Äußerung des Gesamtwillens gebe, erkennen

drückliche Erklärung der dazu berufenen Faktoren, oder stillschweigend dadurch, daß die Gemeinschaft einfach ihr Handeln dem Satze entsprechend einrichtet und seine Befolgung auch vom Widerstrebenden erzwingt. Ersteres ist der Weg des Gesetzes, letzteres der der Gewohnheit; aus jenem entspringt Gesetzes-, aus diesem Gewohnheitsrecht. Wie man nun auch immer das Verhältnis beider auffassen möge, jedenfalls entfällt schon mit dem Gesagten der von der historischen Schule für die Prävalenz des letzteren aufgestellte Grund — denn auch das Gewohnheitsrecht entspringt dem Volksgeist höchstens mittelbar, durch das Medium der Übung.

Aber es scheint mir darum doch nicht wohlgethan, wie es Beseler zum Teil und Zitelmann vollständig unternommen hat, das Gewohnheitsreicht von der Volksüberzeugung oder, wie ich dafür lieber sagen würde, vom Volkswillen ganz abzulösen und seine Geltung nur auf die äußere Thatsache der Übung aufzubauen. Diese Lösung ist doch nur rein äußerlich und läßt die Frage offen, wieso denn das Volk dazu komme, einen seinem Willen oder seiner Überzeugung etwa gar nicht entsprechenden Satz dennoch zu üben. Ich glaube demgegenüber,

---

denn auch die meisten an, so A. Schmidt, Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht, Leipziger Programm von 1881, S. 6; Eisele, a. a. O., S. 289, und selbst der streng positivistische und der ganzen bisherigen Lehre vom Gewohnheitsrecht völlig skeptisch gegenüberstehende Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. I, nam. S. 517 Anm., S. 548, No. 12.

Anders freilich Neukamp („Entwickelungsgeschichte des Rechts", I). der mit einer nichts weniger als imponierenden Begründung den Nachweis unternimmt, daß die beiden Rechtsquellen nicht logische, sondern nur historisch-zufällige Kategorien und daher nicht nur in ihrer praktischen Bedeutung, sondern selbst in ihrem Sein oder Nichtsein von der geschichtlichen Entwickelung abhängig seien.

Andrerseits thut Bierling in seiner „Juristischen Prinzipienlehre" neuerdings gut dar, wie zwar der Inhalt der Rechtsbildung veränderlich, ihre Formen aber als logische ewig seien.

daß die Übung des Satzes als Rechtssatz [1]) und der Wille der übenden Gesamtheit, daß jener Recht sein, als Recht gelten [2]) solle, nicht von einander zu trennen sind, sondern nach Gierkes [3]) treffendem Wort: „als innere und äußere Seite desselben Werdeprozesses notwendig zusammen gehören." Bilden doch auch beim Einzelmenschen nach einer heute im großen und ganzen wohl vorherrschenden psychologischen Lehre Wille und Handlung nur zwei Seiten derselben Sache: ein Wille, der sich nicht bethätigt, ist kein wahrer Wille, sondern gehört nur erst dem höchstens den Willensakt vorbereitenden Gebiete der Reflexionen und Strebungen an,[4]) und umgekehrt ein wirkliches Handeln sehen wir nicht in der bloß passiven und der mechanischen Reflex-Bewegung, sondern nur in derjenigen, die sich als die äußere Seite oder, wie andere wollen, als die unmittelbare Folge eines auf sie gerichteten psychischen Aktes darstellt.

Das ist freilich zuzugeben — die Zurückführung der Übung auf den Willen oder die Überzeugung des Volkes setzt

---

[1]) Eine solche Übung wird auch Zitelmann verlangen, und es ist in der That zuzugeben, daß man es schon der Art der äußeren Übung — mit oder ohne Zwang gegen den Zuwiderhandelnden — wohl ansehen könne, ob dem Satze als einem des Rechts oder nur einem solchen der Sitte nachgelebt werde. Aus der angeblichen Ununterscheidbarkeit beider Arten von Geboten im Sinne seiner Lehre kann man daher Zitelmann meines Erachtens keinen Vorwurf machen (so Gierke S. 164, Regelsberger Pandekten I, S. 93).

[2]) Nicht erst Recht werden solle: denn die Gemeinschaft übt den Satz normalerweise unter der wenn auch unrichtigen Vorstellung seiner bereits vorhandenen Rechtsqualität (opinio necessitatis).

[3]) A. a. O., S. 163.

[4]) Bekanntlich besonders energisch dargethan von Schopenhauer in seinem Hauptwerk: „Die Welt als Wille und als Vorstellung", Ausg. von Grisebach, Bd. I, S. 151/2, siehe ferner die geistvollen Ausführungen von Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 36ff., nam. 43, 55 (er hält freilich gegenüber Schopenhauer Willen und Handlung nicht für zwei Seiten derselben Sache, nur als Inneres und Äußeres geschieden, sondern läßt sie im Verhältnis von Grund und Folge stehen).

voraus, daß man in diesem ein natürliches organisches Kollektivwesen anerkennt, das solche psychische Gesamtphänomene herzustellen geeignet ist. Und gerade diese Anschauung der historischen Schule begegnet heute — leider — in weiten Kreisen offener Ablehnung oder kühler Skepsis,[1]) was in unserem antimetaphysischen Zeitalter freilich nicht Wunder nehmen kann. Ist sie doch in der That viel mehr Sache der Intuition, als des bloßen, kühl abwägenden Verstandes! Um so weniger wird an dieser Stelle der Versuch eines Beweises dieser auch von mir vertretenen Anschauung verlangt werden: ich sage nur, daß es mein fester Glaube ist, das Volk sei ein organisches Gesamtwesen, und der Staat nichts als das organisierte Volk.

Dabei ist freilich zuzugeben, daß die historische Schule sich das allzu einfach und, ich möchte sagen, optimistisch vorgestellt hat. Schon Gneist[2]) konnte zutreffend darauf hinweisen, wie sie die gesellschaftliche Seite der menschlichen Entwickelung beiseite gesetzt und folgerecht die Bedeutung der sozialen Gliederung für die Rechtsüberzeugung und Rechtsbildung arg vernachlässigt hat. Gerade als organisches Gesamtwesen besteht das Volk — und das gilt auch von jeder anderen rechtsbildenden Gemeinschaft — nicht aus einer mechanisch zusammengefügten Mehrheit gleichwertiger Einzelner, sondern ist politisch, wirtschaftlich und kulturell in einer mit dem Fortschritt der Civilisation immermehr zunehmenden Weise

[1]) Wie sie namentlich in Zitelmanns oft erwähntem Aufsatz im civ. Arch. zu Tage tritt. — Gegen die Annahme eines solchen Gesamtphänomens sprechen auch nicht die oben gegen den Subjektivismus bei der auf die bloße „Überzeugung" gebauten Rechtsprechung gerichteten Erwägungen; denn bei der Masse der zum Zustandekommen der Übung Mitwirkenden verliert sich das Zufällige der individuellen Überzeugung, und es kommt als Resultante der verschiedenen in der allgemeinen Übung ein Mittleres zu Tage, eben der Gesamtwille der Rechtsgemeinschaft.

[2]) Gneist, Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht, in den Berliner Festgaben für Beseler, 1885, S. 221 ff., nam. 228, 236.

gegliedert. Wohl solange es Völker giebt, hat es herrschende und beherrschte Klassen gegeben. Nur in dieser faktischen Organisation des Lebens — der Gesellschaft — lebt und handelt das Volk, und darum ist auch das Recht, das sich in der Übung des täglichen Verkehrs bildet, ein Produkt der gesellschaftlichen Gliederung des Volkes.

Ein solches Ergebnis ist zwar nicht für das begriffliche Wesen, aber für die Beurteilung des praktischen Wertes des Gewohnheitsrechtes von der allergrößten Bedeutung, und zwar nach einer Richtung hin, die uns von den panegyrischen Lobpreisungen Savignys und Puchtas erheblich weit abführt:

1. Zunächst wird sich eine gleichförmige Rechtsüberzeugung und Übung viel weniger leicht bilden, als es der Optimismus der beiden Rechtsklassiker wähnte. In kleineren und primitiveren Gemeinschaften zwar, wie im ältesten Rom, bei unseren Altvordern vor der Völkerwanderung, auch vielleicht noch heute in manchen Schweizer Kantonen, ist die Gleichförmigkeit der kulturellen und gesellschaftlichen Verhältnisse groß genug, um einer einheitlichen Rechtsüberzeugung und Übung die Wege zu ebnen. Je größer und komplizierter aber das Gemeinwesen wird, desto mehr spalten sich die Interessen, bilden sich politische und auch wohl religiöse Parteiungen, die, wie wir schon oben ausführten, das nötige Gleichmaß der rechtlichen Überzeugung nur allzu oft hinwegnehmen. Die Gesellschaft verschwindet als Rechtserzeugerin und wird ersetzt durch die jetzt immermehr erstarkende organisierte Gewalt des Staates, der, sobald er sich von der Gesellschaft emanzipiert hat, in dem Monarchen naturgemäß ein Organ findet, das den Indifferenzpunkt der bis zu ihm nicht heranreichenden sozialen Gegensätze darstellt.

2. Wenn sich aber doch noch eine gewohnheitsrechtliche Bildung vollziehen sollte, so ist sie leicht vom sozialen Standpunkte aus

bedenklichen Inhalts, wie es jüngstens in sehr beachtenswerter Weise v. Petrazycki,[1]) freilich nicht ohne Übertreibungen, dargethan hat. Je größer die soziale Differenzierung ist, desto mehr wächst die Gefahr, daß die sich bildende Übung in der Unterdrückung der minder mächtigen Klassen durch eine herrschende bestehe. Die Geschichte liefert uns davon genug Beispiele: die Zeit, als Rom nach Vertreibung der Könige nur unter gewohnheitsrechtlichen Normen lebte, war zugleich die der grausamsten patrizischen Klassenherrschaft, und nicht eher besserte sich die Lage der unterdrückten plebs, als bis sie als eine Art Palladium der sozialen Freiheit das Gesetz der Zwölftafeln ertrotzt hatte. Aus ähnlichen Gründen hat Gneist treffend die Abneigung der Naturrechtsmänner gegen das Gewohnheitsrecht erklärt: das aus der Gesellschaft hervorgegangene Recht war ius iniquum geworden, „und man fühlte wohl, daß mit jeder fortschreitenden Generation der Standesgeist dieses Recht nur noch einseitiger und schroffer fortbilden werde." Nur von dem energischen Einschreiten einer reformierenden Gesetzgebung konnte man Abhilfe erwarten, und wo auch diese versagte, blieb nur

[1]) v. Petrazycki, Lehre vom Einkommen, Bd. II, S. 494, 522, 599. — Allzu idealistisch andrerseits noch Eisele a. a. O., S. 301, wenn er die einzelnen Übenden einfach aus dem Trieb heraus, der die Gemeinschaft erfüllt, handeln läßt. Eine solche durchgängige Harmonie des Rechtsgefühls im ganzen Volke wird sich leider wohl nur bei den gewohnheitsrechtlichen Bildungen mit irgend welcher Wahrscheinlichkeit annehmen lassen, wo diese Bildung einen sowohl wirtschaftlich wie religiös wesentlich neutralen Charakter hat.

Bei der Reception des römischen Rechtes war das natürlich nicht der Fall: aber indem es im großen und ganzen den Interessen und Strebungen der wirtschaftlich und politisch maßgebenden Gesellschaftsschichten entsprach, ist es ebenso sehr durch das „Rechtsgefühl des Volkes" eingeführt, wie die meisten anderen gewohnheitsrechtlichen Institute. Davon, daß die Juristen es gegenüber dem „Widerspruch der ganzen Nation" ihr aufgezwungen hätten, kann trotz Beselers und anderer Germanisten Behauptung im Ernste keine Rede sein. Die Juristen standen dabei nur im Einklang mit und im Dienste der für die Bewegung der organischen Volksgesamtheit bestimmenden Glieder der Nation.

der verzweifelte Weg der Selbsthilfe übrig: es kam zur Revolution!

3. Diese mögliche antisoziale Bedeutung des Gewohnheitsrechtes wird noch gemehrt durch ein weiteres seiner Wertschätzung abträgliches Moment: seine Unsicherheit. Macht sie sich in primitiven Verhältnissen und bei Vorhandensein von Volksgerichten weniger störend bemerkbar, so um so mehr unter den entgegengesetzten Voraussetzungen. Stehen dann vielleicht gar die Richter selbst unter dem bestimmenden Einfluß der herrschenden Klassen, so befördert die Rechtsunsicherheit wiederum eine parteiische Handhabung zur Unterdrückung der Schwachen. Auch das lehrt uns die Geschichte der römischen Republik.

Aber auch den umgekehrten Vorwurf wird man der historischen Schule nicht ersparen können, daß sie den Wert der Gesetzgebung allzu niedrig angesetzt habe. Dafür möchte ich — neben den schon von Beseler hervorgehobenen Vorzügen — nicht an erster Stelle auf die größere Leichtigkeit der Bildung, die höhere Sicherheit und die bessere Technik des Gesetzesrechtes hinweisen, obwohl auch sie unbestreitbar sind. Sondern mein vornehmster Grund ist der, daß beim Gesetz das einseitige Interesse der gesellschaftlichen Klassen seltener und mindestens gedämpfter seinen Ausdruck finden wird, als in der Gewohnheit. Die sozial herrschenden Schichten wirken bei der Legislative nicht immer und kaum je ausschließlich mit: nicht nur steht ihnen im Herrscher ein bedeutsames, ihren Interessen normalerweise entzogenes Staatsorgan entgegen, sondern auch in den Parlamenten wird ihnen durch widerstreitende Interessen anderer Gruppen ein Gegengewicht geboten. So haben gerade im gelobten Lande des Parlamentarismus, in England, die Grundbesitzer die Kornzölle nicht halten können, weil ihnen das geeinte Interesse

von Kapital und Arbeit gegenüber stand, und umgekehrt ertrotzten die Arbeiter durch Hilfe der agrarischen Tories von den whigistischen Industriellen eine schützende Fabrikgesetzgebung.

Und davon abgesehen: selten werden die herrschenden Klassen den Mut haben, bei der Gesetzgebung ihr selbstisches Interesse so offen zur Geltung bringen, wie auf dem geräuschloseren und darum minder gehässigen Wege der täglichen Übung. Zeigt uns doch die Geschichte sogar Beispiele, wo die Privilegierten selbst als Gesetzgeber in einem erhabenen Moment des Aufwallens idealer Gesinnung ihre eigenen Vorrechte freiwillig auf dem Altar des Vaterlandes zum Opfer gebracht haben — man denke nur an die berühmten Beschlüsse der französischen Nationalversammlung vom 4. August 1789! Und unsere eigene moderne Arbeiterschutz- und -versicherungsgesetzgebung, auf die wir stolz zu sein allen Grund haben — hätte sie auch nur in ihren Grundzügen jemals auf dem Wege der Gewohnheit eingeführt werden können?

Doch es hieße Eulen nach Athen tragen, wollte man in unserer vielgeschäftigen Zeit mit ihrem urkräftigen Behagen an massenhafter Gesetzesproduktion noch besonders das Lob der Gesetzgebung anstimmen. Eher gilt es heutzutage, einem Allzuviel in dieser Beziehung entgegenzutreten und gegenüber einer geistlos-mechanischen Auffassung von einer vermeintlichen Omnipotenz des Gesetzes auf seine immanenten Schranken hinzuweisen. Und dabei wird uns die Lehre der historischen Schule, indem sie den Zusammenhang aller Rechtsbildung mit dem sittlichen Walten des Volksgeistes dargethan hat, das beste Rüstzeug geben. Als Organ der Rechtsüberzeugung nur darf sich danach der Gesetzgeber betrachten, der sie durch seinen Ausspruch in die Realität des geltenden Rechtssatzes umsetzt; er mag dabei in genialer Intuition seinem

Volke voraneilen und selbst erst durch seine Satzung einer kommenden Überzeugung die Wege ebnen; er mag auch als echter Mittler zwischen den streitenden Interessen und Strebungen der verschiedenen Gesellschaftsklassen die richtige Durchschnittslinie ziehen. Aber vermöge seiner formell unbeschränkten Kompetenz kann er sich über solche Schranken nur zu leicht hinwegsetzen und ein Recht schaffen, das hinter der im Volke lebenden materiellen Idee der Gerechtigkeit zurückbleibt, ihren Änderungen nicht durch Reformen nachgeht oder ihr gar schnurstracks widerspricht. Nur zu zahlreiche Fälle hat uns die Geschichte davon überliefert. Und nicht etwa nurBöswilligkeit, sondern viel häufiger mangelnde Einsicht in die Tragweite des gesprochenen Gesetzeswortes hat das verschuldet. So unermeßliche Dienste das Schwert der Gesetzgebung, wenn in geschickte Hände gelegt, leisten kann, so verheerend sind seine Wirkungen, wenn nicht der rechte Mann es schwingt!

Und hier tritt wieder die Gewohnheit in ihr Recht ein. Sie wird und muß den Dualismus zwischen dem formell verbindlichen Satz des Gesetzgebers und der von ihm abweichenden materiellen Idee der Gerechtigkeit lösen, wenn es der Gesetzgeber nicht selbst noch beizeiten thut. Sie darf es: denn da sie selbst als geäußerter Volkswille eine Quelle des Rechtes darstellt, steht sie dem Gesetz in prinzipieller Gleichberechtigung gegenüber, und kein Machtspruch des Gesetzgebers kann ihr das verwehren. Denn es ist ein offenbarer logischer Fehlschluß, wenn man die Legitimation der Rechtsquellen, die ja selbst Recht schaffen sollen, ihrerseits aus dem Rechte ableitet[1]); sie

[1]) Verfehlt ist also die gegenteilige Ansicht von Rümelin a. a. O., S. 165 und Goldmann-Lilienthal a. a. O. Des Ersteren Argument, daß Verpflichtungen nur auf juristischem und ethischem Gebiet vorkämen, berechtigt ihn durchaus nicht zu der Folgerung, daß darum auch der Grund für die Pflicht

liegt vielmehr nach Cosacks treffendem Wort, „jenseits alles Rechts, auf dem Gebiete der nackten, unjuristischen Thatsachen“. Die Frage nach dem Verhältnis der beiden Rechtsquellen ist also keine Rechts-, sondern nur eine von den verschiedenen Zeitaltern verschieden beantwortete Machtfrage, und nur insoweit kann der Gesetzgeber durch das Verbot künftiger gewohnheitsrechtlicher Bildung darauf einwirken, als er durch die seinem Verbot innewohnende Autorität die Wahrscheinlichkeit einer solchen Bildung de facto vermindert.

Aber die Gewohnheit kann das auch und hat das selbst und vielleicht gerade den Gesetzgebungen gegenüber bewiesen, die ihn in thörichter Selbstüberhebung die Geltung versagt haben. Unser Preußisches Landrecht mit seinen zahllosen casuistischen Sätzen giebt dafür besonders viele Beispiele. Welcher Richter würde heute noch die junge Mutter im Wege Rechtens anhalten, ihrem Kinde selbst auf eine vom Vater zu bestimmende Zeit die erste Nahrung zu reichen! Und doch steht das in den for-

---

zur Beachtung des Gewohnheitsrechtes nur auf dem Gebiete des Rechts oder der Moral liegen könne. Denn wenn auch diese Beachtungspflicht eine rechtliche ist, so folgt daraus nichts für den Grund, warum uns solche Rechtspflicht obliege. Der Grund für das Gelten der Rechtsordnung kann gar nicht einmal auf dem rechtlichen Gebiete liegen — wir würden sonst mit dem zu suchenden X als mit einer gegebenen Größe operieren und dem Münchhausen gleichen, der sich am eigenen Schopfe aus dem Sumpf herauszuziehen versucht. Der Gesamtwille bedarf, in welcher Form er sich immer äußere, keiner besonderen Sanktion seiner Geltung: er gilt, weil er da ist, von Gottes Gnaden.

Andernfalls müßte dem Gesetzgeber nicht nur künftigen Gewohnheiten, sondern auch künftigen Gesetzen gegenüber eine Verbietungsbefugnis zustehen — was doch offenbar eine unerträgliche und unmögliche Bindung der Zukunft durch die Gegenwart bedeuten würde, und noch von keiner Zeit, trotz allem Nachdruck, mit dem Gesetzgeber vom Schlage Justinians ihre leges als „in perpetuum valiturae“ zu bezeichnen lieben, respektiert worden ist, siehe dazu die vortrefflichen Bemerkungen von Eisele a. a. O., S. 283 und die dort allegierte „Rechtswahrheit“ der l. 22 pr. D. XXXII (nemo enim sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat).

mell nachmals nie aufgehobenen §§ 67 ff., Teil II, Tit. 2 des Allgemeinen Landrechts! Selten mag unsere in Gesetzen so wenig zurückhaltende Zeit der Gewohnheit Gelegenheit lassen, derlei mißlungene oder veraltete Sätze abstoßen zu müssen; nicht immer leider wird das Volk so viel sittliche Kraft besitzen, um dem seinem Rechtsgefühl widerstreitenden Satz der Vorschrift des Gesetzgebers zum Trotz durch konstante Nichtanwendung die Geltung zu entziehen: aber das verschlägt natürlich nichts für die principielle Begründung. Man sollte die Gewohnheit dieser Art, die sich trotz der für sie so außerordentlich schwierigen Verhältnisse des modernen Staates noch zu bilden vermag, als Zeichen ungeschwächten Rechtsgefühls im Volke doppelt hochhalten, statt ihn durch allerhand Mittelchen den Weg zu versperren.

Daneben giebt es noch eine besondere Erscheinungsform des Gewohnheitsrechtes, die auch heutzutage eine erhebliche produktive Rolle zu spielen geeignet ist: das Juristenrecht. Wenn die Rechtsprechenden einen Satz in konstanter Praxis anzuwenden pflegen, einer gesetzlichen Bestimmung einen ihr vielleicht ursprünglich nicht innewohnenden Sinn beilegen, so wird dadurch im Laufe der Zeit geltendes Recht erzeugt. Aber das geschieht nicht durch eine nicht vorhandene rechtschaffende Kraft der Juristen als solcher. Geradezu Recht zu begründen, dafür fehlt ihnen sowohl die formelle Kompetenz wie die materielle Machtstellung. Nur dem geltenden Recht, nicht den Präjudikaten anderer Gerichte, die des Reichsgerichtes selbst nicht ausgenommen, ist der Richter unterworfen. Indes lehrt die Erfahrung in Geschichte und Gegenwart, wie sehr die Rechtsprechung durch den Vorgang angesehener Gerichtshöfe — heute vor allem des Reichsgerichtes — bestimmt zu werden pflegt.[1])

[1]) Anders die, ich möchte sagen, absurde und natürlich nie ernstlich gehandhabte Bestimmung des Preuß. Landrechts Einleitung § 6:

Und dadurch kann es schließlich dahin kommen, daß der konstant und gleichförmig geübte Satz von nun an als der geltenden Rechtsordnung angehörig von den Rechtsprechenden angewendet, von den Übenden beobachtet wird; er ist damit wirklicher Bestandteil des positiven Gewohnheitsrechtes geworden, weil er eben so sehr oder doch jedenfalls nicht weniger, als viele andere Satzungen, von der Rechtsüberzeugung der Gesamtheit aufgenommen und in ihrer Übung anerkannt ist.[1]) Ein Beispiel bietet die Ausdehnung der Alimentationspflicht des außerehelichen Erzeugers, die im Corpus Juris nur für die Konkubinenkinder anerkannt war, aber durch konstante und in die Rechtsüberzeugung des Volkes eingegangene Praxis auf alle Unehelichen ausgedehnt wurde. In solchen Fällen ist also der Entwickelungsgang umgekehrt wie beim eigentlichen Gewohnheitsrecht: hier ruft die Rechtsüberzeugung die Übung ins Leben, während dort der vorhandene Gerichtsgebrauch allmählich jene erst herbeiführt, sofern er nicht von vornherein etwa schon ein Ausdruck derselben war. In dieser Weise wirkt die Jurisprudenz auch heute noch in im einzelnen vielleicht unmerklicher, aber im Gesamtergebnis nicht hoch genug anzuschlagender Weise „schöpferisch" auf eine Fortbildung des Rechtes ein; selbst durch die allgemeinen Zeitströmungen und wissenschaftlichen Einflüsse in ihrer Richtung mehr oder minder fest bestimmt, erfüllt die Praxis damit die hohe Aufgabe, das Gesetz über die ursprünglichen Absichten seiner Verfasser vielleicht weit herausgreifend mit den jeweiligen Zeitbedürfnissen in Einklang zu

---

„Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder ältere Aussprüche der Richter, soll, bei künftigen Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden."

[1]) So auch Sohm, Vortrag über den Entwurf eines B.-G.-B., 1895, S. 6: „Das gerechte wahre Volksrecht zu finden vermag heute nur der gebildete Jurist. Das Juristenrecht stellt für uns nicht den Gegensatz, sondern die unentbehrliche Erscheinungsform des Volksrechts dar."

bringen. So ist diese Form der gewohnheitsrechtlichen Bildung der stete Jungbrunnen des Rechtes; wo sie frei und ungehindert walten kann, da wird sie das geltende Recht vor dem Einrosten bewahren und es verhindern können, daß nach unseres Altmeisters Goethe Wort: Vernunft Unsinn, Wohlthat Plage werde!

So haben beide Quellen des Rechts ihre eigentümlichen Vorzüge und Schattenseiten, keine darf fehlen, wenn sich nicht alsbald eine empfindliche Lücke zeigen soll. Und darum ist ihr Wert im Prinzip der gleiche, mag auch vom historischen wie praktischen Standpunkt aus das Urteil verschieden ausfallen, und in der Neuzeit ein Übergewicht der Gesetzgebung thatsächlich vorhanden und auch vielleicht angemessen sein. Dafür haben andere, urwüchsigere Entwickelungsperioden ein mindestens ebenso starkes Überwiegen der Gewohnheit gekannt, und es ist nicht ausgeschlossen, daß diese in zukünftigen minder nervösen und vielgeschäftigen Zeiten eine bedeutendere Stellung, wenigstens in Form des Gerichtsgebrauches, zurückerlange.

Das Verständnis für diese in ihrer Verschiedenheit doch gleiche Unentbehrlichkeit der beiden Rechtsquellen endgiltig erwiesen zu haben, scheint mir ein nicht hoch genug anzuschlagendes Verdienst der historischen Schule, das auch durch gewisse anfänglich untergelaufene Übertreibungen kaum geschmälert wird. Aber heller noch strahlt das andere, daß sie uns befreit hat von dem Wahnglauben an ein für alle Zeiten und alle Völker geltendes ewiges Recht der Natur und Vernunft. Herausgeboren aus dem Innersten der Völker, muß das Recht mit deren Entwickelung selbst einer entsprechenden Umgestaltung teilhaftig werden. Zwar vorübergehend mag es dahinter zurück-

bleiben, und dann gelten die von Goethe dem Mephisto in den Mund gelegten Worte:

„Es erben sich Gesetz und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort,
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte,
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage,
Weh dir, daß du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
Von dem ist leider! nie die Frage."

Aber auf die Dauer muß und wird ein solcher Zwiespalt gelöst werden, sei es auf dem langsam, aber sicher wirkenden Wege der Gewohnheit, sei es auf dem schnelleren der gesetzlichen Reform. Nur in den zum Glück seltenen Zeiten, wo dem geknechteten Volke der erste Weg verschlossen ist, und zugleich der Gesetzgeber in übler Verkennung seines Berufes schweigt, schwindet die Hoffnung auf eine friedliche Ausgleichung des Gegensatzes zwischen dem materiellen Rechtsgefühl des Volkes und dem formell geltenden Buchstaben des Rechts, und es kommt die Stimmung auf, wie sie Stauffacher in der Rütliszene des Schillerschen „Tell" zum Ausdruck bringt (II, 2):

„Nein, eine Grenze hat Tyrannenmacht.
Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden,
Wenn unerträglich wird die Last — greift er
Hinauf getrosten Mutes in den Himmel,
Und holt herunter seine ew'gen Rechte,
Die droben hangen unveräußerlich
Und unzerbrechlich, wie die Sterne selbst."

Aus solcher Stimmung, wie sie im vorigen Jahrhundert allüberall wiederkehrt, erwächst dann schließlich die Revolution.

Gerade darum sollte der Gesetzgeber sich stets vor Augen halten, daß seine formell unbeschränkte Machtbefugnis nicht auch

der inhaltlichen Schranken enthoben ist; er soll bedenken, daß er doch immerhin nichts ist, als das vom Volke mit der Aussprechung und Verwirklichung seines Willens betraute Organ; daß er im Gesetze nicht nur ein logisch folgerechtes Kunstwerk herstellen, sondern auch und vor allem dem ethischen Bewußtsein und den wirtschaftlichen Interessen seiner Zeit Rechnung tragen muß. Nur dadurch wird jener verhängnisvolle Zwiespalt vermieden werden, nur dann das Volk zu seiner gesetzgebenden Gewalt Vertrauen gewinnen oder behalten. Dann, aber auch nur dann, wird das Gesetzesrecht, weit davon entfernt, zum Volksrecht im Gegensatz zu stehen, selbst das Volksrecht darstellen in seiner höchsten Vollendung.

Und auch der Richter sollte das nie vergessen, daß es ethische Momente sind, auf denen das Recht beruht und auf die es daher auch bei seiner Anwendung vornehmlich ankommt. Täuscht nicht alles, so leben wir auch in dieser Beziehung heute in einer Zeit einseitiger und höchst beklagenswerter Überschätzung des Intellektualismus. Wie viele Urteile unserer Gerichtshöfe, selbst des höchsten nicht ausgenommen, haben in den letzten Jahren dem Volke und auch den Juristen Anlaß zu bedenklichem Kopfschütteln und auch wohl herber Kritik gegeben. Liest man sie, so findet man darin gar oft mit einem fast scholastischen Aufwand formell unanfechtbaren Scharfsinns ein Resultat vertreten, das unserem unbefangenen ethischen Gefühl bisweilen geradezu Hohn spricht. Soll doch unlängst ein Kassierer verurteilt sein, weil er einem Bekannten aus den Beständen der ihm anvertrauten Kasse einen Hundertmarkschein gewechselt hatte, worin das Gericht den Thatbestand einer Unterschlagung — rechtswidrige Aneignung einer fremden Sache — erblickte! Hat man denn ganz das Verständnis dafür verloren, daß zu einem vorsätzlichen Verbrechen oder Vergehen doch vernünftiger Weise

das Bewußtsein zwar nicht der Rechtswidrigkeit, aber doch der ethischen Pflichtwidrigkeit des Thuns erfordert werden muß?

Demgegenüber ist es heute so angebracht wie nur je, auf den Zusammenhang des Rechtes mit der Rechtsüberzeugung des Volkes wieder und wieder hinzuweisen, wie es uns die Männer der historischen Schule gelehrt haben. Denn das Ziel des Rechtes ist die Verwirklichung der sittlichen Weltordnung.

Ex. G.W.D.
2/17/27

Druck von Pöschel & Trepte in Leipzig.

Neuer staatswissenschaftlicher Verlag
von v. Zahn & Jaensch in Dresden:

G. K. Anton, Dr., Privatdozent in Jena, Die Entwicklung des französischen Kolonialreiches. 36 Seiten. Gr. 8°. Mit einer Karte und zwei Nebenkarten. 1 Mk. 20 Pf.

Karl Bücher, Dr., Professor in Leipzig, Die Wirtschaft der Naturvölker. 71 S. Gr. 8°. 1 Mk.

Otto Gierke, Dr., Professor in Berlin, Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches. 40 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.

Laband, Dr., Professor in Straßburg i. E., Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung. 38 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.

Rudolf Leonhard, Dr., Professor in Breslau, Ein Überblick über das neue Bürgerliche Gesetzbuch. 28 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.

W. Lexis, Dr., Professor in Göttingen, Der gegenwärtige Stand der Währungsfrage. Zweite Ausgabe. Gr. 8°. XI und 51 Seiten. 1 Mk.

W. Lotz, Dr., Professor in München, Die Börsenreform. 40 S. Gr. 8°. 1 Mk.

F. Meili, Dr., Professor in Zürich, Gesetzgebung und Rechtsstudium der Neuzeit. 71 Seiten. Gr. 8°. 2 Mk.

Karl Rathgen, Dr., Professor in Marburg, Die Entstehung des modernen Japan. 26 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.

Karl Rieker, Dr., Professor in Leipzig, Die Stellung des modernen Staates zur Religion u. Kirche. 26 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.

S. Ruge, Prof. Dr., Die Entdeckung des Seewegs nach Ostindien durch Vasco da Gama 1497/8. 47 Seiten. Nebst zwei Karten. Gr. 8°. 1 Mk. 50 Pf.

Julius Wolf, Dr., Professor in Zürich, Die Arbeitslosigkeit und ihre Bekämpfung. Nebst einem Anhang. 40 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.

Robert Wuttke, Dr., Die erwerbsthätigen Frauen im Deutschen Reiche. 45 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.

---

† **Wilhelm Roscher,**
Geistliche Gedanken eines National-Oekonomen.
Mit einem Bildnisse des Verfassers in Heliogravüre.
Aus dem Nachlasse des Verstorbenen
mit einer Einleitung und Biographie herausgegeben von dem Sohne
Dr. Carl Roscher.
Zweite vermehrte Auflage. 188 Seiten. Kl. 8°. 4 Mk. Elegant gebunden 5 Mk.

Druck von Pöschel & Trepte in Leipzig.

